

法律論叢 第六十七卷 第二・三号（一九九五・二）

司法救済論に関する基礎的考察

納 谷 廣 美

目 次

はじめに

一 司法制度

1 裁判と司法

2 わが国の現行司法制度

二 民事司法における救済

1 権利と訴訟の関係

2 民事訴訟における救済

むすび

はじめに

249

わが国は、明治維新のなかで西欧近代法主としてフランス法およびドイツ法を継受したが、第二次大戦の敗戦により、今度はアメリカ法の影響のもとで大規模な法制改革がなされた。そして、現在、民事訴訟法制定から既に一世紀

を経て、新法典制定のための改正作業が進められており、民事訴訟は新しい時代を迎えようとしている。そこで、本稿においては、司法制度論の新しい課題として近時注目されている「司法救済」につき、これまでの到達点を確認するとともに、今後の課題を明らかにしたいと考えている。

「司法救済」といわれる観念またはテーマは、これまで、わが国では行政救済の対語概念としての「裁判所による救済」を意味するものとして一般的に用いられてきた。とくに「司法救済」は、一般法学的な視点からの考察においては、いわゆる統治行為論とか民事訴訟と行政訴訟・憲法訴訟との交差など三権分立にからめたテーマのもとで取り扱われてきた。

これに反して当の民事訴訟法の分野においては、自明のこととされたためであろうか、このテーマが自己にかかわる固有の問題として認識されたことはもちろん、そのように把握したうえで個別的論点を考察することも、これまでほとんどなかったといっても過言でない。あえていえば、当事者適格とか訴えの利益など訴訟制度利用の窓口的な問題に関する議論は、見方をかえれば「司法救済」という視点から行われたともいうことができる。しかし、裁判の対象たる本案（裁判によって与えられる救済の内容）につき「司法救済」という視点から行われた考察は無きに等しかった。⁽²⁾英米法においては、権利の侵害または侵害の虞れに対する救済として何が適切であるか、その実現のためにとるべき手続は何かなどの問題領域は、ひとつの独立した学問分野（judicial remedies とか、単に remedies と呼ばれている）として取り扱われている。このことは、わが国と比較した場合、注目すべき相違といえる。

竹下守夫教授は民事訴訟雑誌四〇号（一九九四年、法律文化社）記念特集「転換期の民事訴訟」の巻頭論文「民事訴訟の目的と司法の役割」において、民事訴訟制度の目的論として権利保障説を提唱された。すなわち「ここにいう『権利の保障』とは、社会関係上の実質的利益・価値を内実とする『権利』に、必要とされる『救済』」英米法上の

remedies を与えて、『権利』の實質的内容である利益・価値を回復しあるいは侵害を防止して、これを保護することを指す。日本法上は、この意味の『権利』は実質権と呼ばれ、また『救済』は『請求権』の形式で定められている。実質権と請求権は、法秩序における機能を異にし、前者は、法的に保護すべき利益・価値の決定とその各人への割当の機能を、後者は、その侵害に対する救済の機能をもつ。そこで、民事訴訟が、その保障（保護）を目的としているのは、この実質権Ⅱ「権利」であり、請求権はその『救済』の手段に過ぎない」とされ、ついで「民事訴訟制度の立法的・解釈的設計に当たっては、『権利』は既存であり、その内容は確定的なものと観念される。これに対して『権利』の侵害に対していかなる『救済』Ⅱ請求権を認めるのが有効・適切かは、個々の事件の具体的状況によって異なり、立法府があらかじめ一義的に決定しておくことは不可能である。その具体的形成は、個々の事件を扱う裁判所に委ねるのが相当である」との考えを提唱されている。

この竹下論文は、第一に訴訟目的論の有用性を指摘されつつ、民事訴訟法学の出発点として訴訟目的論を維持されたいと、これを訴権論にからませることなく、むしろ憲法の定立する司法権から基礎づける考察を試みられ、その基礎を訴権から司法権にシフトされていること、第二に、これまでの民事訴訟法学における主流の立場において訴訟から排斥されてきた権利を、再び訴訟目的論の中に導入されていること、の二点に注目すべき卓見をみる事ができるが、救済との関係では、第三に、民事訴訟の視野を、救済法にまで拡大されていることに注目したい。すなわち、竹下教授は訴訟目的として権利保障を掲げられ、その内容は権利に必要とされる救済を与えることであると述べ、救済の問題を民事訴訟の目的のうちに位置づけるとともに、これまで主として「権利」に着目してきた民事訴訟法学の視野を「救済」にまで拡大されている。

筆者は、かつて「司法救済」または「救済の方法」に関する一般的・基礎的考察を留保しつつ、不法行為型訴訟の

契約型訴訟に対する特質を指摘する視点から、この二つの訴訟の間に存する基本的相違点について言及したことがある。⁽³⁾⁽⁴⁾ このこともあるが、竹下教授の前記論文から刺激・示唆を受け、その恩恵にあずかった者の一人として、本稿において司法救済論に限定して、その基礎的考察を試みる次第である。

一 司法制度

1 裁判と司法

裁判は「人を裁く」または「争いごとに結論を出す」という意味で用いられることがあるが、ここでは「決断」または「判断」という要素が重要である。この古典的（本来的）な意味での裁判観念は、およそ人が集団を形成して生活を営むような時代から存在している。

ところで、権力の支配の形態については、その正当性の根拠をめぐって、いろいろな見解が主張されてきているが、⁽⁵⁾ 古代社会においては「カリスマ的支配」が行われていた。これは、支配正当性の根拠を「神の化身」などの超人的な権威に求めるものであり、裁判も同様であった。⁽⁶⁾ 当時、被治者に対して裁判権を行使するということは、現実的に自らの権威を被治者に承服させることであるから、裁判は支配者であることを具現する道具または手段的な意味合いを有していたといえる。つぎの封建社会または専制国家といわれる時代においては「伝統的支配」が行われ、主権者たる領主または国王の有する「伝統的あるいは独裁的権力」に由来する権威に、支配正当性の根拠を求めていた。この時代の領主・国王は、すべての国家権力を独占し、その支配下に属する人々に対し、生殺与奪の自由を有していた。支配者は、自己の欲求（意志）を一方的に定めて、これを法令の形に具体化するとともに、その実現を貫徹する

手段として、裁判を用いていた（法による支配 rule by law）。裁判官は、主権者たる領主・国王に代わって、その権限を行使する立場にあったから、統治者の干渉をうけることも当然視されていた（行政と司法の未分離）。また裁判を公衆の前で行うか否かなどについても、統治上の視点から選択・決定されていた（密室裁判の許容）。このように、この時代における被治者（領民、人民などと称される者）は、もっぱら統治の客体たる存在であり、統治者と対等な主体ではなかった。

しかし、ルネッサンスを経て、近代社会が形成される時代が到来すると、いわゆるブルジョア階級といわれる者（市民）が国家社会において重要な役割を担うようになり、彼らの要求を無視して統治を行うことは難かしくなった。そこで統治者は、市民の立場（存在）を承認するとともに、これと妥協して統治を行うことも、余儀無い事と判断し、新しい統治システムを模索することになった。国家組織とか国家作用など国家社会の在り方について、被治者たる「市民との契約」のもとに、主権者たる君主などは統治を行うべきであるとの考えが社会において承認され、これが制度化されるようになる。この段階になると、市民は自らの基本的な権利・自由の獲得という目標にむけて更に動き出すことになり、最終的には国家権力の分立制導入を実現した。すなわち国家社会の構成について一応「君主は統治者であり、市民は被治者である」との基本骨組みを維持するとして、国家権力または作用のうち、行政部門は君主およびその部下の者によって実施されるが、立法は市民を代表する者によって構成される国会、すくなくともこれと君主との共同により担うべきであるとし、さらに具体的・個別的な統治行為が憲法・法律に準拠して行われたか否かの争いについて、その判定を、統治者の支配を受けない機関（第三の機関である裁判所）に付託することになった（司法の独立）。そして裁判所は、市民の意志を反映している法律を適用して、当該紛争について審判することが要請された。ここに、国家作用の中における裁判作用は、古典的な「裁判」観念とは質的に異なるものとなり、近

代国家において「司法または司法権」という新しい概念のもとに再生し、確立されることになった。

ところで、国家権力は、常に腐敗・暴走・偏向する危険を内蔵している。この苦しみを体験して、人類は、ついに「法の支配 rule of law」原理を獲得した。⁽⁸⁾この原理は、法を権力の道具ではなく、むしろ権力を拘束するものと位置づけている点に、その意義を有する。⁽⁹⁾この意義を全うするために、司法は、憲法が定めるところ、とくに「人類普遍の原理」に由来する基本的人権の保障について、行政府による侵害の場合はもちろんのこと、立法府による侵害に対しても、厳重に監視する役割を担うことになった（憲法八一条参照）。この違憲審査制は、一八〇三年のマーベリ対マディソン事件 *marbury v. madison* に対するアメリカ合衆国最高裁判所判決に源を有するものであり、⁽¹¹⁾「裁判所は憲法の番人である」という標語に端的に表現されているように、司法は新たなしかも重要な使命を見い出すことになった。

2 わが国の現行司法制度

(1) 現行憲法はアメリカ型の憲法であり、戦後の司法改革によって、司法の完全な独立が達せられた。裁判所は違憲審査権、司法行政権、および規則制定権を授権され、司法の性格は、旧憲法時代と比較すると、抜本的に変わっている。このことを考えあわせるならば、民事訴訟の基礎を司法権に求める以上、具体的には、こうしたアメリカ型の司法権に対応した民事訴訟制度を構築していかなければならないことを意味する。前述したとおり、司法の概念は、国により時代により異なるものだが、現行憲法のもとでの司法権については、憲法の規定文言だけでは十分に、その具体的内容が明らかにされているとはいいがたいところがある。もっとも現行憲法は、明治憲法とは異なり、行政事件の裁判について、これが裁判所の担う司法権に服することだけは明らかにしているが（憲七六条二項参照）、それ

以上の具体化については、立法政策上の問題として、一切を「法律の定める」ところに委ねている。この委任をうけて制定された法律が裁判所法（昭和二年四月一六日制定、法律第五九号）であるが、同法は、その第三条一項で裁判所は「一切の法律上の争訟を裁判する」との総則的な定めを置くにとどまり、このことだけでは、現行の司法権がどのような事項についてまで及びうるのか（客観的限界）が必ずしも明らかでない。⁽¹²⁾ しかしながら憲法は、司法の実施方法（形態）について重要なことを定立している。それは、裁判が「訴訟」形式で行われていることを基本としている点である。このことは、憲法第八二条で裁判につき「対審・公開」の原則を掲げているが、このことを最も端的に具現するシステムが訴訟であることから、明らかである。

(2) 現行の司法機構（システム） 現行憲法のもとでは、司法権は、刑事司法と民事司法という二つの分野に大別される。前者は、①捜査、②刑事裁判法の適用および③行刑（法の実施）によって構成されている。いずれも、国家・社会における犯罪に対する処罰プロセスを構成するものである。近代国家においては、人権擁護の観点から、犯罪と刑罰の双方につき法定されることが要請され（罪刑法定主義）、かつ、その刑罰権の発動手続の分野においても法の支配が求められている（デュー・プロセス due process の法理）。このような刑事司法システムを規律する法は、憲法を頂点とする諸規定であるが（とくに憲法第三一条以下参照）、その大部分は刑事訴訟法典（昭和二年七月一〇日制定、法律第一三一号）に収められている。それらの法的規制は、その根幹において「犯罪事実の確定」の点を重視しているところに共通する特色がある。このことは、刑事裁判において顕著である。裁判所は、犯罪を構成する事実（「罪となるべき事実」 刑法第二五六条三項参照）の有無の判断を行うために、法定の手続・証拠によって事実を確定し、これに法（刑法典等）を適用する（いわゆる法的三段論法）。この国家作用こそが「司法」観念の典型的もの、原型と理解されている（正しく、モンテスキューの「裁判官は法を語る口」との表現が最も妥当する局面

といえる)。そのうえで裁判官は被告人に対し刑を宣告することになるが、この量刑に関しては、全面的に裁判官の裁量に委ねられていることから、ここでの裁判官による国家作用は、むしろ行政的性質を有しており、捜査・行刑という他の刑事司法分野に接近する⁽¹³⁾。このことは、次の民事司法における「救済」問題を考えるにあたって、留意すべき事柄といえる。

もう一つの大きな柱は、民事司法といわれるものである。その中核的なものは民事訴訟であるが、広義では行政訴訟も包含されている。裁判制度または司法制度の中で行政訴訟をどのように位置づけるかの問題は、各国の立法例において顕著に対立する重要な統治機構の問題であるが、現行憲法がアメリカ型の国家統治制度を採用している以上、行政に関する法的救済システムは、最終的には、裁判所所轄の司法権に属すると解すべきであり、通常裁判所の組織系列に属さない「特別裁判所」(明治憲法六〇条・六一条参照)によって処理することは禁止される(現憲法七六条二項)。もっとも、このことは、裁判所が行政事件につき特有な審判手続を設けることまで禁止するものではなく、通常裁判所の組織系列の枠組の中に踏みとどまる限り、合目的に民事訴訟と異なる訴訟システムをめざすことは許されたと解すべきである。換言すれば、行政訴訟が独自の手続法理を用意することは、家庭裁判所による家事調停・審判の例を引くまでもなく、合憲的なことであると解する。このことを強調するならば、行政訴訟が民事訴訟の範ちゅうに入れるべきか否かは、用語上の問題にとどまり、むしろ将来的な手続法理論および実務の改革を考えると、両者は別個なものとの視点を設定したほうが適切といえるかもしれない。

ところで私的紛争をめぐる解決制度は、民事訴訟が唯一のものではない。むしろ現実的には、その大部分は私人間の自主的な解決で終結している。かりに紛争当事者だけの交渉で解決できなくとも、裁判外紛争処理制度ADR⁽¹⁵⁾の利
用による解決も行われている。これらの自主的な解決が実現できないか、著しく困難もしくは適当でない事件につい

て、その紛争解決制度として一般的に用意されているものが、民事訴訟制度である。そこでは、「法による裁判」が求められている。この要請は、第一に裁判の内容については、実定法の定める基準に従って、係争の権利または法律関係につき判定することを求める。第二に裁判の手続については、憲法が定める対審・公開を基本する審判構造の枠組みの中で、民事訴訟法等の定める手続による訴訟を求めている。

つぎに、権利の実現は、多くの場合、その存在を単に観念的に確認することにとどまらず、国家権力による現実的な履行の保証を求める。この局面まで視界に入れてこそ、はじめて民事司法の国家制度的役割を見出すことができる。前述のとおり、法が強制的社会規範であるとは、既に確立されたテーゼであり、異論はない。そうであれば、法の考察には、その実効性を支える強制の契機、そのための機構の考察を必ず視野に取り組まなければならない。これを捨象することは、法の最も法らしい特色を捨象することになる。そして、裁判所の機能のうちでも、とりわけ強制的側面があらわになるのが、執行の場面であることは異論のないところであり、それゆえ、今後の司法制度論において、執行の視点をいかに組み込むかが重要であるといえる。⁽¹⁶⁾ 司法救済に関する法は、実体法と訴訟法にまたがるもので、実体法がいかなる権利にいかなる「救済方法」を認めるかを定め、訴訟法がその「救済方法」がいかにして実現されるかを定めるというところまでのことは、認められていい。次の問題は、裁判機関と執行機関のどちらが何を判断するのかである。この問題は、差止訴訟のような現代型訴訟では、特に難しい。当事者は、訴えを提起するに際して、訴状で審判の対象を特定しなければならないが（民訴法二二四条一項）、その理論的前提として、どの範囲・程度まで強制執行の方法等に踏み込むべきであるかとの問題がある。このことについては、筆者は過去に検討したことがあるので、⁽¹⁷⁾ ここでは省略する。⁽¹⁸⁾ この問題は、要するに、今後、執行機関の権限をどこまで充実していくことができるかにかかっている。

最後に、現行憲法が最高裁判所に付与している「憲法の番人」という役割について言及する。前述のとおり司法が違憲審査権をもっているということは、司法が、法律に後置される（＝法律を前提としてこれを適用する）機能だけでなく、法律に前置される（＝憲法の番人として、法律を審査する）機能をも営むことを意味する。さらに、裁判官は、国民の幸福追求（憲一三条）を受けて、最高規範性（憲九八条一項）の遵守義務（憲九九条）があり、新しい人権の確立に向けて、法の適用・発見に努めなければならない。たとえば情報化社会におけるプライバシーの保護問題は、新しい人権に関する司法救済の在り方に関する試金石の一つといえよう。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

二 民事司法における救済

1 権利と訴訟の関係

兼子博士は、その著書「実体法と訴訟法」（有斐閣、一九五七年）において「民事訴訟そのものと民事訴訟法を同一視し、民事訴訟は民事訴訟法が独占的に支配すべき分野であるとして、訴訟と実体私法との直接の関連を断絶する傾向」を批判され、「民事訴訟の対象が、原則として私法の規律する事件である限り、私法の訴訟における機能を無視することは、訴訟をば実体を伴わない単なる形骸として眺めることになってしまふ。現実の訴訟は、必然に実体と形式とを具えたものである以上、私法と訴訟法が実体法と形式法として、共同に支配する分野といわなければならない」とされ、「私法と訴訟法の体系的分離にも拘らず、両者は、それぞれ異なる仕方で訴訟の規律を担当し、現実の訴訟は、両者の機能の具体的交渉の場面として、法現象を成すものである」とされ、私権は訴訟において実在化するという考え方を示されていた。

また、山木戸克巳教授は「法が成文法、ことに法律要件と法律効果とが裁判官の裁量の余地のないほど精密に規定されている法規の形態で表現されているときには、そのことによって、法規に定められた法律要件に該当する事実が存在すれば当然に一定の個別的な権利義務が成立する、というように観念せられる。しかも実定法秩序が、一般にかような厳密な法規の体系として存在しており、また独立した裁判所の法による裁判・証拠裁判の原理に立脚した訴訟制度が確立しているところでは、裁判は抽象的法規の客観的事実への適用・形式論理的三段論法的推論そのものであるりまたその結論の宣告である、という観念が成立する。すなわち訴訟制度の観点からすれば、権利は前訴訟的なもの・既存的なものとして、かような権利既存の観念は、近代社会における私法関係の前国家性・国家権力からの独立性・私法の市民社会の内部の法としての自己完結性の反映であり、換言すれば法治国観念にほかならず、また近世の自然法思想とその歴史的社会的基礎を同じうするのである。しかるに、実定法の欠缺が自覚され、また裁判官の自由裁量をひろく容認する弾力性のある法規が累増し、したがって法解釈の創造性が意識されるときには、あるいはまた証拠裁判の形式的真実性が不合理なものとして意識せられるに至るときには、判決で宣言される法効果は裁判官の創造によるものとして観念せられるようになる。そこでは権利既存の観念は薄弱化するのである」とされ、権利既存観念の意義を指摘されている。⁽²¹⁾しかし、こうした指摘を除けば、民事訴訟法学界では、近時、権利を正面から取り上げてこなかったといっても過言ではないと思われる。

ところで近代法において、法体系がアクチオ体系から権利体系に移行したのは、私的自治の確立による。アクチオ体系のもとでは、法務官によるアクチオの付与がすべてであり、私人の行為による法律関係の形成を考える余地はなかった。これに反し近代において、個人の自由が認められ、私的自治が確立したことによって、裁判所を離れて私人による法律関係の形成を認めるため、「アクチオ」にかえて、新たに「権利」という概念が編み出され、法体系は、

私人による法律関係の形成を考える余地のない「アクチオ」という概念によってではなく、裁判所を離れて存在する「権利」という概念によって構成されるようになる。つまり、私的自治が確立し、私人の法律行為による権利関係の形成が認められるようになったからこそ、アクチオにかかわって権利が法体系の柱になったということが出来る。

本稿では、こうした権利の「存在」につき、これを、主体ごとに、権利の「創設」「設定」「実現」「推定」「執行」「確定」に分解することを試論として提案したい。すなわち権利は立法機関によって「創設」され、私人によって「設定」「実現」される。また、権利は公証機関（公証人、登記・登録官）によって「推定」され、執行機関によって「執行」され裁判機関によって「確定」される。これを敷衍すれば、次のとおりである。

私法は立法機関によって制定され、私権は法律によって創設される（実体法がその要件効力を定める）。通常、私権は私的自治の原則により、私人の法律行為によって設定され、履行によって実現される。しかし、私人間に不満または紛争が生じた場合、私人は法定または約定の権利・法律関係を無視、もしくはこれに服従しない態度をとるか、さらには、社会的・経済的な制裁の手段に及んだり、政治的プロセスに訴えたりして、積極的に解決にあたる。⁽²²⁾ また、私人は権利の存在について公証人とか登記・登録官などの公証機関による公証の助力をえて、自らの権利存在に関する推定保護をうけたり、場合によっては執行機関に訴えて執行による権利実現をはかることもある。いずれにせよ、それでも解決できない場合には、最終的には、権利の存否について裁判機関による確定をまたなければならぬ。そして、裁判機関は訴訟において私人の申立に基づいて司法権を行使する（訴訟法がその要件・効力等を定める）。以上のように、権利をめぐる関係者につき「権利の存在」をいわば五極の構造の中で把握することができれば、民事訴訟における「権利」の意義が、より一層明確なものになる。これによって権利が訴訟前に存在するか、または訴訟によって存在するかといった難問の克服にとどまらず、訴訟目的としての権利を考えていくことができよう。

2 民事訴訟における救済

(1) 現行の救済制度 民事司法の考察対象となるべき法分野は、広範囲にわたるが、便宜上ここでは、民法の分野に限定する。民法は、大別すると、物権法と債権法、後者はさらに契約法と不法行為法に分けることができるので、以下、この順序で考察する。

(i) 物権法 この法分野では①占有権、②用益物権、および③担保物権にわけて、それぞれにつき救済の問題をとりあげる。

① 占有権 占有権は、他の物権とは別個・独自の法領域を占めており(民二〇二条参照)、占有権の存在を訴えまたは抗弁の形で主張して保護をうける(民一九七条)ほか、占有権に対する侵害またはその危険が存するケースにつき、その排除に必要な救済として、三種類の占有訴訟(民一九八条ないし二〇〇条)と各訴えの出訴期間(民二〇一条)を定めている。もっとも、この場合における救済内容として「妨害ノ停止」とか「妨害ノ予防」と法定されているけれども、その具体的な内容は、個別の事件の種類・態様に応じて、当事者の選択(要求)、および裁判所による裁量的・創造的内容形成(法的措置)に委ねざるをえないという意味では、いわば白地規定の一種とみることもできる。もっとも、この程度の定めでも、実務上の目安としては十分に機能していると評価されうる。

② 用益物権 本稿では、便宜上、その典型物権とされる所有権をとりあげる。私人間に所有権の存否をめぐる紛争が存するときには、その司法救済として所有権の確認とか、所有権に基づく物上請求権(物権的請求権)の行使を求めることは、学說的にも、また実務的にも確立している。この物上請求権が所有権そのものと別個に存し、かつ、所有権の円満な法的利益状態を回復するための手段的・補助的権利であることも、これまた承認されているとこ

ろである。問題は物上請求権に付されている「所有権にもとづく」との部分、換言すれば派生的権利と表示される部分の意義を、どのように説明（評価）するかにある。⁽²³⁾民法理論では、いろいろな法的構成が試みられているが、⁽²⁴⁾本稿のテーマとの関係では実質法Ⅱ民法のレベルではなく、これとは別個の救済法という法分野の問題として位置づけることができるか否かである。⁽²⁵⁾もし、これを肯定することができれば、新しい法分野への開拓の第一歩となる。このことは、新しい私的紛争に関する社会的ニーズに対する新方策を生みだしうるモデルとして機能するであろう。

① 担保物権 担保物権は、基本的にはそれ自体だけでは意味はなく、被担保金銭債権の履行確保のための手段的・補助的権利である。⁽²⁶⁾債務者が履行期に債務を履行しないことがあって、当事者間に具体的な紛争が生じることになり、そのための諸救済手段（方策）のうちのひとつとして、担保権の実行（民執法一八一条以下）制度を利用する点に、担保権の存在意義がある。これを実質権（民法上の権利）の事項とみるか、それとも司法救済に関する合意または法定の制度とみるべきかは、救済法を考察していくうえでは重要な視点となる。もし、これを後者の角度で把握することが許されるならば、ここにも救済法の一つの大きな分野が存在していると評価しうる。

(ii) 契約法 この法分野においては、契約にもとづく債務の履行が約定どおりに実現されないときに紛争が生ずる。この場合、債権者サイドでは①契約関係をそのまま維持して、債権に対応する給付の受領を目的とする救済を選択するか、それとも②債務不履行を理由とする諸救済方法を選択することになる。前者①の場合、司法救済としては債権の強制執行による実現のルートが考えられている。強制執行の手続段階に及ぶために、債権者は債務名義を取得する必要があり、そのための一般的・基本的なものとして確定判決（民訴法二二条一号）が予定されていることから、債権者はこのための訴えとして、給付訴訟を提起する。この訴えで、将来の強制執行を睨んだ「訴訟物」の構成と特定が求められ、⁽²⁸⁾それが判決書「主文」に結実されることになる。ここに「法の適用と執行」が連結した、その意

味では救済方法としては典型的な形が具現する。

後者の④の場合、単に債務不履行にもとづく損害の賠償を求めるにとどまるか、その段階にとどまらず当該契約そのものの解除に及び、そこでの事後処理に関する救済を求めるかの二つに大別される。損害賠償による救済については、民法は、①損害とくに特別事情にもとづく損害の賠償範囲（四一六条二項）、②金銭賠償の原則（四一七条）、③過失相殺の許容（四一八条）、④法定利率（四一九条）および⑤賠償額の予定（四二〇条）を定めており、当事者の合意（契約）を補充している。これらの補充規定は、契約にもとづく本体（債権・債務）そのものについての規定ではなく、もっぱら債務不履行という態様の債権侵害に対する保護（救済）に関するものであり、ここに救済の内容または方法が定められていると評価しうる。また、契約の解除による救済のルートを選択する場合についても、民法は、原状回復等の救済を定めている（五四五条・五四六条）。

右に検討したとおり、契約をめぐる紛争の司法救済については、民法は明文で、かなりの程度にわたって、その内容を定めている。そのうえ、この契約法の分野は私的自治の原則とくに契約自由の原則が妥当する領域であることから、救済についても当事者間の用意周到な事前の合意で対処されることが期待されている。このように整備された補充規定と右記原則もあつてのことか、従来の民事訴訟法理論において契約法上の救済の在り方および内容等の問題について、顕在化した形で論争対象にならなかったこと、およびその必要性が特に認識されなかったことは、ある意味では当然のことであつたといえる。

(iii) 不法行為法 この法分野は現代司法の中心的課題が山積されているところである。社会・経済の急速かつ質的な発展にもなつて、民法等の実体法が制定された当時において予測することが著しく困難または不可能といえる法的諸問題が発生してきており、立法的な対応にも自ずと限界がある。このような分野においては、各自が主張する

利益そのものを、当然国家・社会において権利として承認することが適當であるか否かという根源的な問題から取り組まなければならない（このことは、たとえば日照権の法的確立に至るまでの実務・理論の動向において、端的に現われた）。かりにこのハードル（権利性の承認）を超えなことができたとしても、次に原告が要求するところが救済方法として適當であるか否かについても社会的承認が求められる。この価値判断を可能するのが、法社会学等の隣接諸科学の知識であり、裁判官の新しい法（権利・救済）の発見に向けた情熱であると思料する。

ところで、現行不法行為法のもとにおいては、不法行為と評価される事件の場合について、それによって蒙った損害につき「賠償請求」という救済を認めている（民七〇九条）。問題は、この損害賠償の方法について、どのような内容を組み込むかである。この点は、正しく救済法の問題といえる。わが国の民法はドイツ民法二四九条（原状回復を原則とする）と異なり、七二二条で四一七条を準用していることから、金銭賠償を原則としているとの解釈が通説かつ実務上の主流とされる見解となっている。このような見解そのものに疑問もあるが、それ以上に問題と思われるのは、現実の救済特に新しい私的紛争の救済方法として金銭賠償だけでは不十分であるとの社会的認識があり、これとのズレが発生していることである。むしろ、名誉毀損における原状回復（民七二三条）などのように明文で救済方法が特定されている場合はともかくとしても、その旨の明文がないかぎり、個別の具体的事件または一定の類型化された事件ごとに救済方法を創設（新しく発見）することができるとの余地を残す解釈（法の運営）を容認すべきである。このことは、たとえば差止請求にみられるように、現時点においても部分的には実務学説において認められているところであり、将来的には、より一層、多種多様な救済方法が誕生してくるものと期待したい。³⁰なお、現行民法のもとでは、さらに過失相殺（七二二条三項）とか、見方にもよるが消滅時効・除斥期間（七二四条）などの救済に関する定めが存する。

(2) 権利と救済 右のとおり民法等の現行実体法を「救済」との観点から再評価してみると、かなりの範囲・程度にわたって、「救済」に関する基本規定が存しており、学説もこれを補強している。とくに契約法分野においては、このことは顕著である。

民事司法における「救済」または「救済の方法」(英米法でいう remedies)の問題は、司法の視野を、前述した私見のように権利の確定から権利の執行にまで広げてこそ十分にとらえることのできる問題であって、見方によっては、私権の実効性確保(保護または保障)の問題ともいえる。この点につき、前掲論文「民事訴訟の目的と司法の役割」において、竹下教授は、「経済取引・社会生活・政治活動上の利益や価値のうち、何を法的『権利』として保護すべきかの問題と、その『権利』＝利益・価値が侵害された場合(侵害の危険に曝された場合も含む。以下同じ)にいかなる『救済』方法を認めるかの問題」とを区別し、前者は「憲法を頂点とし民法その他の実体法によって定められ」るが、後者の問題は「主として、実体法の中で『請求権』という形で定められている」(一八頁)とし、いかなる救済を認めるのが「有効・適切かは、個々の事件の具体的状況によって異なり、立法府が予め一義的に決定しておくことは不可能である。その具体的形成は、個々の事件を扱う裁判所に委ねるのが相当である」と主張されている(三四頁)。そして、この「請求権」に関する実体法上の定めが少ないことから、裁判所の創造的・裁量的な判断にまつ要素が含まれているとし、「請求権の不確定的・創造的性格」を指摘されている(同頁)。

また谷口安平教授は、権利と救済の二重構造を指摘するとともに、両者の関係について「裁判官を拘束する法は救済のレベルでも存在すると考えるが、その法は具体的事件への適用である点で個別化の程度が大きく、事案ごとの柔軟な対応を裁判官に許し、かつ期待するような法である。これに対して救済により守られるものとされる上位の権利はより一般的・普遍的な性質をもつから、これを正面から否定したり、新しいものを勝手に創り出したりすることは

「実体法による裁判」という原則に反してくるのである。かくて、救済法の体系は本質的に『個別的』なものとなり、裁判官の裁量の幅が広くなるが、この分野でも、一定のパターンが繰り返されることによって、やはりそのかぎりでの法ないし権利の生成が認められ、これがひいてはより上位の具体的権利のレベルでの権利の生成や変更を促す作用をもつ」との見解を示され、竹下教授とはほぼ同様の立場をとっておられる。⁽³¹⁾

それでは竹下教授が指摘される、権利Ⅱ実質権の確定性・既存性と救済Ⅱ請求権の不確定性・創造的性格ということ、あるいは、谷口教授が指摘される、救済の分野においては、裁判官の裁量の幅が広くなるということとは、いかに考えられるべきであろうか。ここでは、私権のうち契約法と不法行為法の二つの分野に限定して考察する。⁽³²⁾かつて、筆者は不法行為型訴訟の特質について研究したときに、その一環として契約法と不法行為法とは救済のあり方が異なることを指摘した。⁽³³⁾すなわち契約法の場合には、合意の内容または法規で定められている権利内容によって、救済の内容方法も、自ずから明確であり、具体的なものになっているのに対して、不法行為法の場合における救済は、裁判においてはじめて具体化するといっても過言ではないとの考えを述べた。これは、救済の内容および方法については、契約法においては、抽象的には法律において、具体的には当該契約において当事者によって定められるに反して、不法行為法においては、抽象的には法律において定まっているにしても、具体的には通常の場合個別訴訟における裁判所の判断によって定められると指摘した。

法律の規定が抽象的であればあるほど、当然のことながら、法律の解釈における裁判官の裁量の幅は広くなる。また、社会的なニーズに応じて、新しい法の発見が求められることが多くなる。しかし、これらは一般法学的な観点からいえることであって、「救済」という問題についての固有な問題ではない。裁判官は、竹下教授のいう「実質権」の場合と同様に、新しい救済の承認には、それなりに慎重な態度が求められるべきである。法律実務の処理とか理論

構築上の便宜性を優先させて考えるならば、救済（法）における「不確定性・創造的性格」とか「裁判官の裁量幅が広くなる」との特色は、不法行為型訴訟に顕著にみられるといえることができる。⁽³⁴⁾したがって、現時点においては、不法行為型訴訟の特質を正確に把握し、そのための司法救済の在り方を考究の対象に据えて、そこでの成果を充実させていくことが二十一世紀司法制度への試金石になるであろう。

むすび

法解釈学は、法的構成と価値判断から成る。この価値判断を可能とするのが、隣接諸科学の知識である。法学からこれを除いたら、あとは、法的構成しか残らない。救済に関する法は、新しいニーズによって掘り下げられた新課題であり、ケース・バイ・ケースで説明する過程の中で、新しい法を発見し、その集積をまって新しい法体系（分野）が誕生し、確立することを期待したい。これまでの民事訴訟法理論の守備範囲は、主として契約法分野の紛争に限定されていたが故に、そこで論じられてきた救済も当然のことながら、その範囲に限定されてきた。しかし、それ以外の紛争とくに不法行為法にかかわる紛争（不法行為型訴訟の紛争）の救済は、現状回復を原則（基本）に据えるにしても、それにも限界があり、個々の事例に応じた弾力的な救済方法理論の構築が求められる。この意味で、将来アメリカ救済法で認められている宣言的判決とか懲罰的損害賠償制度の新導入についても再考すべき余地があるといえる。⁽³⁵⁾さらに、私法（私権）に関する救済法理の成熟をまって、憲法上の基本権に対する救済法理へとステップが発展することを求めたい。この成熟をえて、はじめて二十一世紀においても通用しうる司法制度が完成するものと確信する。

注

(1) 法制度審議会民事訴訟法部会は、民事訴訟の周辺領域を形成する執行官法・民事執行法さらには民事保全法の制定を経て、ようやく平成二年七月一三日、民事訴訟手続の見直しを審議事項にすることを決定し、これについての調査審議を開始している。審議の状況を平成三年十二月に「民事訴訟手続に関する検討事項」(法務省民事参事官室の取りまとめ)の形で発表し、各界各層に対する意見照会を行い、さらに平成五年十二月に「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」を発表した。現在、この試案に対する意見等の集約・検討作業を行っているが、同部会では平成七年(一九九五年)の法制化をめざしているといわれている。

(2) 見方によれば、これまでも民事訴訟法の分野において、司法救済という観点からのアプローチと理解できる実例がなかったわけではなく、たとえば(イ)定期金給付を命ずる判決の適否、(ロ)慰謝料の非訟事件性の強調、(ハ)請求金額を明示しない訴えの適否などがあつた。しかし、論者がこのような視点からの考察を意識していたと評価することは、むしろ難しい。なお、これらの例は、いずれも、不法行為法又はこれに隣接する法分野の新しい私的紛争のケースにおいて問題として提起されてきた点に留意すべきであろう。

このような状況の中で、竹下守夫教授が一九八三年に論文「救済の方法」(岩波講座「基本法学8—紛争」一八三頁以下)を発表されたことは、特筆に値する。同論文は、司法救済の視点から体系的・全体的に論述したものであり、わが国では、この種の論文として最初のものと思われる。

(3) 契約型訴訟と不法行為型訴訟という言葉(用語)は、いずれも筆者による考究上の道具だてである。各タイプの訴訟は、伝統的な民事訴訟法理論の本質を明らかにするために用意された合目的な概念であるから、その特色を帯びていると思料する典型的訴訟(具体的には、たとえば契約型訴訟としては売買契約にもとづく代金支払請求訴訟であり、これに対比されるべき不法行為型訴訟としては民法七〇九条の不法行為事件訴訟を、その典型事例と考えている)を想定しているにとどまるものである。したがって、この概念によって、どの種類までの訴訟をカバーすることができるか(いわば外延の問題)は、ここでは度外視されている。

(4) 拙稿「新しい私的紛争と司法制度の課題」和田英夫編著『訴訟制度と司法救済』(勁草書房、一九八九年)一四五頁とくに一七四頁参照。

(5) M・ウェーバーは「すべての支配は、その正当性に対する信仰を喚起し、それを育成しようと努めている」と指摘し、こ

うした支配の正当性の根拠として、カリスマ的支配、伝統的支配、合法的支配の類型をあげ、丸山真男はウェーバーの三種類に修正を加えて、伝統的支配、自然法による支配、神あるいは天の授權に基づく支配、エリートによる支配、人民の授權に基づく支配の五類型をあげている（平凡社・大百科事典「支配」の項〔阿部育〕参照）。

(6) 日本の古代に行われていたといわれる「盟神探湯（くがたち）」の手法による裁判は、「神判」の一種に属し、カリスマ的支配の現れといえよう。

(7) ジョン・ロックとかルソーの社会契約論は、その代表的なものといえる。なお、モンテスキューは、この社会契約論的思考をベースに据えて、その名著「法の精神」（一七四八年）で権力分立論を展開し、裁判権が立法権と執行権から分離されていないければ市民の自由はない旨の主張をしている。

(8) 碧海純一著「法と社会―新しい法学入門」（中央公論社、一九八八年三四版）一四二頁参照。

(9) 奥平康弘「憲法（弘文堂入門双書）」（弘文堂、一九九四年二〇刷）一四七頁参照。

(10) この司法審査制は、多数決で政治的に決めていく立法機関に対する不信任に根ざしているといわれている（奥平・前掲書二二頁参照）。

(11) この事件の解説として、田中英夫「違憲立法審査権の成立」英米判例百選公法（一九九七年、有斐閣）五〇頁参照。なお、本件については他に多数の文献が存するが、その時代背景などにも視界を広げて取り扱ったものとして、レーンクイスト著（根本猛訳）「アメリカ合衆国最高裁」（心交社、一九九二年）一一三頁以下参照。

(12) たとえば抽象的違憲立法審査権の問題は、その代表例といえる。

(13) 行政法の分野では、警察官による犯人捜査について、これを行政作用の一つと把握することが伝統的・一般的な取り扱いであるが、検察官による捜査との兼合いで、刑事司法という枠組（少なくともその観点）から重疊的に法的考察を行う必要があると思われる。

(14) 明治憲法下の法制において基本的なモデルとされたドイツ法制では、当初より行政事件は通常裁判所の組成系列とは別途独立に設営された行政裁判所の所管とされていたことから、当然のこととして、日本でもこの例にならって裁判制度が創設された。しかし、現行憲法において、本文で述べたとおり、連合国の占領政策による司法改革の中で、アメリカ型の司法制度が導入されたことは明らかであり、司法システムの質的転換がはかられたといえてよい。

(15) このADRは、Alternative Dispute Resolution の略語であり、日本では一般的に「裁判外紛争処理制度」の名のもと

に用いられている。この課題は、訴訟社会と評されているアメリカ合衆国において、訴訟の社会生活に及ぼす病理現象（コスト高・非効率性など）に対する反省の中で議論されてきたものである。日本では特に近時、司法制度論の一環として注目され、その積極的活用に向け運動が展開されている。

ところで私人間の紛争は、原理的には、私人間の自主的交渉と合意によって解決することを基本としている（私的自治の原則）。また、実際的にも、紛争は私人間の合意によって解決されている。したがって、自主的任意的紛争解決制度といわれている和解、調停および仲裁の各制度は、訴訟とは別途に、その意義を有するものといえる。特に、迅速かつ訴訟経済を重視すべきケースとか、または、従前の法規範による規律ではなく、むしろ柔軟に新しい利害調整を模索することが妥当するケースにおいては、当事者間の話し合いをベースとする解決制度が望ましい。わが国においては、裁判所以外の、すなわち第三者機関（行政機関または民間団体）による相談・苦情処理・斡旋・調停・仲裁・裁定などの諸紛争処理制度が近時多いに拡充・発展している。たとえば労働委員会、公害等調整委員会、建築工事紛争審査会、国民生活・消費者センター、国際商事仲裁協会、日本海運集会所、交通事故紛争処理センター、医事紛争処理委員会、クリーニング賠償問題協議会などの行方紛争解決制度は、広く一般社会において定着しはじめている。これらの公的な裁判外紛争処理制度は、裁判手続ほど厳格でないにしても、一定レベルの適正・公平さは担保されている。

(16) 最高裁判所平成五年一月一日判決（民集四七巻九号五二五頁）は、訴訟物・主文さらに強制執行の相互関係について注目すべき見解を明らかにしている。すなわち「給付訴訟の訴訟物は、直接的には、給付請求権の存在及びその範囲であるから、右請求権につき強制執行をしない旨の合意（以下「不執行の合意」という。）があつて強制執行をすることができないものであるかどうかの点は、その審判の対象にならないといふべきであり、債務者は、強制執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができる」と解される。しかし、給付訴訟において、その給付請求権について不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであることが主張された場合には、この点も訴訟物に準ずるものとして審判の対象になるといふべきであり、裁判所が右主張を認めて右請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないことを判決主文において明らかにするのが相当であると解される（最高裁判昭和四十六年（オ）第四一一号同四九年四月二十六日第二小法廷判決・民集二八巻三号五〇三頁参照）。と判示し、民事司法救済においては、執行の段階における問題についても可及的に訴訟の場に折り込んで処理する方向を明らかにしている。一つの方策または理論構築として、積極的に評価しうる。

- (17) 拙稿「訴訟物の特定」講座民事訴訟二卷(弘文堂、一九八四年)二四三頁とくに二五八頁以下および前註(4)論文一七九頁以下「三、民事差止の請求」参照。なお、ほぼ私見と同じ方向性をもって解決方を試みているものとして、川嶋四郎「差止訴訟における強制執行の意義と役割」ジュリスト九七一号二六〇頁。
- (18) たとえば森田修「履行強制の法学的構造」私法五五号一九〇頁は、非金銭執行について一請求権一執行方法の原則とか、間接強制の補充性などを批判し、新しい方向を提案している。
- (19) 和田英夫「情報化社会における知る権利とプライバシー」駿治台法学七卷二号(一九九四年)三頁は、この問題に関する経過現状を要約的にまとめ、将来的な方向を示唆されている。
- (20) 佐藤幸治教授は、司法権概念につき「実体的権利の存否を確定することが中核をなしつつ、なお、それを前提に然るべき救済手段を与え、事件・争訟の適正な解決をはかる作用も当然に司法権の内実をなすと解しなければならぬ」とし、憲法解釈論としても、救済法ないしは司法救済の問題は「避けて通れない課題」であると主張されている(現代法律学講座5・憲法〔新版〕(青林書院、一九九〇年)二七三頁参照)。
- (21) 山木戸克己「訴訟法学における権利既存の観念」末川博先生還暦記念「民事法の諸問題」(有斐閣、一九五三年)(後に、同「民事訴訟理論の基礎的研究」(有斐閣、一九六一年)に所収。同書二頁とくに二〇頁以下参照)。
- (22) 行政指導についての考察ではあるが、私人のこのような対応を指摘するものとして、マイケル・ヤング「行政指導の司法審査」和田英夫編・訴訟制度と司法救済(勁草書房、一九八九年)一一三頁とくに一二六頁以下参照。
- (23) 拙稿「所有権に基づく登記請求訴訟」三ヶ月章先生古稀祝賀「民事手続法学の革新」中巻(有斐閣、一九九一年)二〇五頁は、所有権とそこから物上請求権として派生した登記請求の関係について論じたものであるが、両者の関係を訴訟法上どのように取り扱うべきかを考究している。権利(所有権)と区別された救済(物上請求権)の存在を認めるとすれば、実体法上の問題にとどまらず、右論文で言及した訴訟法上の諸問題も同じように「救済」法理の中で各論的な課題になるであろう。
- (24) 我妻栄・新訂物権法「民法講義Ⅱ」(岩波書店、一九八三年)二二頁以下参照。
- (25) 救済法の属すべき法分野について、竹下守夫「救済の方法」岩波講座・基本法学8「紛争」(岩波書店、一九八三年)一八三頁は、実体法と訴訟法との二つの法体系によって構成するわが国では、実体法に属するとみるべきであるとされる。これに対して、谷口安平「権利概念の生成と訴えの利益」講座民事訴訟二卷(弘文堂、一九八四年)一六三頁は、英米法の救

済 Judicial Remedies と同様に、実体法と手続法の間領域にある第三の法体系とみている。救済を新しい法的課題として採りあげて考察することの必要性が認識された以上、新しい理念・政策のもとに法体系が構築されることが適当と思われるし、また今後の考察において実体法および手続法の双方サイドから救済の在り方を検討しなければならないことを考慮すると、救済法を第三の法体系（分野）と把握していくことが相当であろう。

(26) 担保物権は、債権の担保を唯一の目的として存在する（附従性。我妻栄・新訂担保物権法「民法講義Ⅲ」（岩波書店、一九六八年）一四頁参照）から、原則として、本文のように担保物権をみることが出来る（例外として、抵当証券）。なお、担保物権そのものに対する不法行為が成立する場合、その損害賠償または予防のための請求権が派生しうるが、これは、ここで採りあげようとする本来的な事態（状況）とは局面を異にする。

(27) 債務者サイドの問題としては、この場合には債務の不存在を主張することが唯一の救済方法と考えられる（この場合の救済は、前述の所有権確認の救済と同じ取り扱いになる）ので、本稿では、債権者サイドに限定して考究する。

(28) 給付の内容（種類・態様）によって、直接強制（現実的履行の強制）、代替執行さらに間接強制の方法（民四一四条参照）のいずれの強制執行を選択すべきかも決定される。したがって、執行局面の問題をも考慮に入れて、原告は訴えの提起にあたり、訴訟物を定めなければならない。

(29) 契約事件の場合には、事前に救済に関する事項についてまで合意の中に組み入れることができるから「別段ノ意思表示ナキトキ」に金銭賠償をとするとの原則（民四一七条）に合理性があるといえる。これに反して不法行為の事件においては、救済について事前に「別段ノ意思表示」を行う余地がない以上、民法七二二条一項で民法四一七条を準用すること自体、合理的なものと思われない。ドイツ民法と同様に、原状回復をもって基本的な救済方法と解すべきであろう。

(30) 定期金賠償、懲罰的損害賠償、さらには宣言的判決などの法制度が、近い将来、わが国においても、救済方法の一つとして認められることになるであろう。

(31) 谷口安平・前註(25)論文一七一頁

(32) 物権法の分野に関する救済についても言及すべきであるが、この分野の救済問題は、見方にもよると思われるが、契約型のそれと同様、救済の定型化がすすんでいるので、問題の所在を明確にするため、ここでは採りあげないことにする。

(33) 拙稿「不法行為型訴訟に関する一考察」法律論叢五二巻五号一頁（一九八〇年）参照。この論文で指向していたことは、前註(4)論文へと発展させている。

(43) 中村英郎教授は、民事訴訟制度の目的論につき権利保護説を主張・維持され「当事者の権利保護という指標は、訴訟の実践的運営において、訴訟対象の範囲、訴訟当事者の範囲、したがってまた判決の客体的および主体的範囲、立証責任の所在等の問題につき、実体法の規範を出発点とする考え方を行わせることになる。問題は、社会・経済の急速の発展とともに、実体法が制定された頃予想しなかったような、いわゆる現代型訴訟と呼ばれる事件（契約関係から生じるのではなく、不法行為型の事件）が多数発生しており、これらの事件をどう取扱うかということである。現在、そのような事件の訴訟については、紛争から出発して、事件の中から法を発見するという、英米法の紛争解決型の考え方がより適しているようにも思われるとの見解を述べられ、司法救済の在り方については筆者と同様の考察方向を示唆されている（中村英郎「民事訴訟制度の目的について」木川統一郎博士古稀祝賀「民事裁判の充実と促進」上巻（判例タイムズ社、一九九四年）一頁とくに二七頁参照）

(35) 行政庁の違憲の行為に対する救済の一つの試みではあるが、喜田村洋一「宣言判決と差止命令」講座「憲法訴訟」〔三巻〕（有斐閣、一九八七年）三七頁。